DIE GELTUNG DES STAUB'SCHEN SATZES VOM SCHEINKAUFMANN

DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE
DER RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN
FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK

VORGELEGT VON

KNUT-PETER ERICHSON

CARL HINSTORFFS HOFBUCHDRUCKEREI • ROSTOCK
1934

Referent: Prof. Dr. Schultze-v. Lasaulx.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gliederung.

Seite

I. Abschnitt: Die Bedeutung des Staub'schen Satzes in der Praxis 7

a) Die Rechtsprechung zu den Scheinkaufmannsfällen kraft Auftretens 7

b) Die Rechtsprechung zu den Scheinkaufmannsfällen nach den §§ 5 und 15 HGB. . 12

c) Neue Tendenzen in der Rechtsprechung . 16

II. Abschnitt: Die zwingenden Rechtssätze, die der Anwendung des Staub'schen Satzes zu widersprechen scheinen 20

a) Die Bürgschaft, das Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis 20

b) Die Verjährung 23

III. Abschnitt: Die Gegenargumente aus der Literatur und Praxis gegen die Anwendung des Staub'schen Satzes in seinem vollen Umfang . . . 26

a) § 2 HGB. 26

b) §§ 5 und 15 HGB. 28

c) Der öffentliche Glaube des Handelsregisters 31

Schrifttum.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Erläutert von Dr. K. Geiler, Dr. V. Hoeninger, Dr. J. Lehmann, 3. Auflage 1930, J. Bensheimer.

Ehrenberg: Handbuch des gesamten Handelsrechts. I und II, Leipzig 1913 und 1914.

Ehrenberg: Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit, mit besonderer Berücksichtigung des Handelsregisters. In Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, 47. Band, Seite 273.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Band, Allg. Teil, 13. Bearbeitung von H. C. Nipperdey. Marburg 1931.

Gierke, Dr. Julius von: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. umgearbeitete Auflage. Berlin 1929.

Granzow: Der Schutz des Vertrauens auf öffentliche Erklärungen im Handelsrecht. Dissertation Liegnitz 1926.

Hueck: Der Scheinkaufmann. Im Archiv für Bürgerliches Recht, Band 43, Seite 415.

Hueck: Gilt § 15 HGB., Abs. 1, auch beim Erlöschen und bei der Änderung nicht eingetragener, aber eintragungspflichtiger Rechtsverhältnisse? Im Archiv für die Civilistische Praxis, Band 118, Seite 350.

Krause: Schweigen im Rechtsverkehr. Beiträge zur Lehre vom Bestätigungsschreiben, von der Vollmacht und von der Verwirkung. Marburg 1933.

Lehmann, Carl: Lehrbuch des Handelsrechts. 3. neu bearbeitete Auflage von Hoeninger, Berlin 1921.

Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 2. Auflage, Berlin 1914.

Locher, Eugen: Zur Publizitätsfunktion des Handelsregisters, in den Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, Dr. E. Heymann, Berlin, 2. Band.

Manigk: Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht. In den Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, Dr. E. Heymann, Berlin, 2. Band.

Meyer, Herbert: Handelsregistererklärungen und Widerruf der Prokura. In der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 81, S. 365.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Auflage, Tübingen 1928.

Örtmann: Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein. In der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 95, S. 443.

Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. und 7. Auflage, Berlin 1900.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Auflage, bearbeitet von Pinner, Bondi, Gadow, Heinichen, Berlin und Leipzig 1932.

Schirrmeister: Der Kaufmannsbegriff nach geltendem und künftigem deutschen Handelsrecht. In der Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 49, S. 38.

Staudinger: Kommentar zum BGB. I. Erläutert von Löwenfeld und Riezler, 9. Auflage, Leipzig 1925.

Wellspacher: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien 1906.

Wieland: Handelsrecht 1921.

Wolff, Martin: Über einige Grundbegriffe des Handelsrechts. In der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Otto Gierke. 2. Band, Breslau 1910.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, zitiert: ZHR.

Entscheidungen d. Reichsgerichts in Zivilsachen, zit.: RG.

Juristische Wochenschrift, zitiert: JW.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. Schuldrecht. 2. Auflage, Guttentag Verlag, Berlin 1896.

Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 6. Band. Materialien zum HGB. Decker Verlag, Berlin 1897.

Entscheidungen der OLG. in Ziv.

I. Abschnitt.

Die Bedeutung des Staub'schen Satzes in der Praxis.

a) Die Rechtssprechung zu den Scheinkaufmannsfällen kraft Auftretens.

In dem Kommentar von Düringer-Hachenburg[1]) findet sich folgende Stellungnahme zum Problem des Scheinkaufmanns: „... ebensowenig vermag bloßes Auftreten und Sichgerieren als Kaufmann, den Mangel eines Gewerbebetriebes zu ersetzen. An ein solches Auftreten kann auch nicht die Folge geknüpft werden, daß der Auftretende allgemein als Kaufmann zu gelten habe. Hierzu fehlt jeder Rechtsgrund. ... Der Scheinkaufmann muß nur bei der rechtlichen Beurteilung seines rechtsgeschäftlichen Verhaltens, soweit der Schutz des redlichen Verkehrs dies erfordert, die für den anderen Teil günstigen Vorschriften des Handelsrechts auf sich anwenden lassen, wie wenn er ein Kaufmann wäre."

Von dieser Einstellung geht heute die Literatur[2]) und Rechtsprechung[3]) aus. Sie sieht das Problem des Scheinkaufmanns nur in der Auslegung seiner rechtsgeschäft-

---

1) Düringer-Hachenburg a. a. O., § 1, Anm. 9.

2) Düringer-Hachenburg § 1, Anm. 9; Lehmann-Ring § 1, Anm. 10; Schirrmeister ZHR. 49, 40; Ehrenberg Hdb. II, 130; Lehmann-Hoeninger, 45; Wieland, 125; Müller-Erzbach 75, 75; J. v. Gierke 59; Hueck 43, 434; Hueck 118, 375; H. Meyer ZHR. 81, 378.

3) RG. 40, 147; 51, 37 u. 39; 65, 413; 89, 163; OLG. 28, 221.

lichen Erklärungen seinem Geschäftsgegner gegenüber. Den Staub'schen Satz in seiner weiten Form, wie ihn Staub selbst aufgestellt hat: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann“ [4]), lehnt man ab; man weist vor allen Dingen eine Geltung des Staub'schen Satzes für die Fälle weit von sich, in denen der Scheinkaufmann zwingende Vorschriften außer Acht gelassen hat, während diese nur für einen wirklichen Kaufmann nicht zur Anwendung kommen [5]). Staub wollte, als er seinen Satz vom sichgerierenden Kaufmann aufstellte, daß jeder sich als Kaufmann im Sinne des HGB. behandeln lassen muß, wenn er sich im Verkehr so gebärdet.

Er wollte einfach in dem Sichgerieren eine öffentliche Erklärung sehen und nicht nur mit der Interpretation des rechtsgeschäftlichen Verhaltens eines solchen Scheinkaufmanns helfen. Berücksichtigt man die Stellungnahme der Praxis [6]) zum Problem des Scheinkaufmanns, so wird als eine der wichtigsten Entscheidungen die Entscheidung des RG. in Bd. 89, 163 zu nennen sein, in der sich das RG. mit der Frage zu beschäftigen hatte, ob das Auftreten als Kaufmann die Anwendung der kurzen Verjährungsfrist des § 196, 1 BGB. rechtfertigen könne.

Das RG. führt aus: „... allein dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß es einen Rechtssatz, nach dem derjenige, der im Rechtsverkehr wie ein Kaufmann auftritt, lediglich wegen dieses seines Auftretens ganz allgemein als Kaufmann zu gelten habe, nicht gibt. Schon die Vorschrift des § 2 HGB., nach der erst nach erfolgtem Eintrag der Firma in das Handelsregister das betreffende Unternehmen als Handelsgewerbe im Sinne des Gesetzes und damit dessen Inhaber als Kaufmann zu gelten hat, spricht gegen das Bestehen eines solchen Rechtssatzes. In einem Falle

---

4) Staub Exkurs zu § 5, Anm. 1.

5) Hueck 43, 451.

6) RG. 40, 146; 51, 37 u. 39; 65, 413; 19, 193; 50, 429; 55, 85; 89, 163; Seuff. Arch. 67, 265; Seuff. Arch. 73, 163; OLG. 6, 27; 14, 349; 24, 129; 28, 221.

wie dem vorliegenden, in dem überhaupt irgendeine Eintragung in das Handelsregister nicht in Frage steht, wird es allerdings zum Schutze des redlichen Verkehrs gerechtfertigt sein, in Anwendung der in den §§ 157, 242 BGB. ausgesprochenen Rechtsgrundsätze demjenigen, der, sei es allgemein im Rechtsverkehr oder sei es einer bestimmten anderen Person gegenüber wahrheitswidrig sich als Kaufmann ausgegeben hat, zugunsten seines Vertragsgenossen als Kaufmann zu behandeln. Insoweit als der gutgläubige Vertragsgenosse nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, infolge des Auftretens des Scheinkaufmanns zu der Annahme berechtigt erscheint, daß des letzteren ausdrücklicher oder stillschweigender Willenserklärung eine bestimmte Bedeutung, ein bestimmter Inhalt zukommt, erfordert es die Sicherheit des Verkehrs, daß die Erklärung wie die eines Kaufmanns zu behandeln ist. Soweit es sich jedoch nicht um den Schutz des redlichen Verkehrs in diesem Sinne handelt, insbesondere insoweit die Anwendbarkeit der verschiedenen die Verjährung betreffenden Vorschriften in Frage kommt, fehlt es an jedem Rechtsgrund dafür, den im Handelsregister nicht eingetragenen Nichtkaufmann lediglich deshalb den Kaufleuten gegebenen Verjährungsvorschriften zu unterwerfen, weil er als Kaufmann aufgetreten ist."

Diese Entscheidung des obersten Gerichtshofes zeigt deutlich auf, welchen Weg das Reichsgericht zur Lösung des Scheinkaufmannproblems geht und welche Argumente es zur Ablehnung des Staub'schen Satzes benutzt.

Bei der weiteren Behandlung soll zunächst das in der obigen Entscheidung genannte Gegenargument aus § 2 HGB. gegen den Kaufmann kraft Auftretens unberücksichtigt bleiben. Es kommt dem Reichsgericht darauf an, ob der sichgerierende Scheinkaufmann den Willen äußert, sich als Kaufmann behandeln lassen zu wollen, als Kaufmann haften zu wollen.

Damit ist aber nicht gesagt, daß eine bewußte Willenserklärung vom Reichsgericht gefordert wird.

Das Reichsgericht geht von dem Vertrag aus, den der Scheinkaufmann mit dem gutgläubigen Dritten geschlossen hat. Seine Erklärung ist nach den gewöhnlichen Auslegungsregeln auszulegen. Nach diesen ergibt sich, daß die die Erklärung begleitenden Umstände mit zu berücksichtigen sind. Diese sind in unserem Falle das Auftreten als Kaufmann. Denn es macht einen Unterschied in den Rechtsfolgen, ob die Erklärung auszulegen ist: ich verpflichte mich als Kaufmann zu einer Leistung oder einfach nur: ich verpflichte mich. Dieser so durch die Umstände in die Erklärung hineinzulegende Sinn kann von der eigentlichen Vertragserklärung gesondert als Willenserklärung aufgefaßt werden, eben als Willenserklärung als Kaufmann haften zu wollen. Insofern kann man dem Reichsgericht folgen. Ihm ist auch weiter darin beizustimmen, wenn es keine bewußte Willenserklärung fordert, sondern eine stillschweigende Willenserklärung genügen läßt. Der letzte Fall ist der häufigste und wichtigste. Denn es wird meist so liegen, daß der Scheinkaufmann sich als Kaufmann geriert ohne beim einzelnen Vertragsschluß hieran und an die hieraus entstehenden Folgen zu denken.

Indem das Reichgericht nun die stillschweigende Willenserklärung anerkennt, behandelt es also auch dann jemanden als Scheinkaufmann, wenn dieser die Umstände, aus denen auf seine Erklärung geschlossen wird, er wolle als Kaufmann haften, veranlaßt hat und sie ihm deshalb zugerechnet werden können[7]).

Dies mag noch verdeutlicht werden an dem Fall, den das OLG. Dresden[8]) zu entscheiden hatte: ein Gesellschaf-

---

7) Krause § 5, II b. Vgl. hierzu auch Manigk S. 598, 599: .... Wenn dieser von einer fahrlässigen Willenserklärung spricht und damit in der Literatur noch meist Ablehnung findet, so ist ihm doch im Ergebnis Recht zu geben. Die Übereinstimmung seiner Ansicht mit den Entscheidungen des RG. in diesem Punkt ergibt sich aus dem Text.

8) Entscheid. der OLG. in Ziv., Bd. 14, 349.

ter einer OHG. ist aus der Gesellschaft ausgeschieden. Er sorgte nicht dafür, daß sein Name, der auf dem Ladenschild stand, von dem jetzigen Geschäftsinhaber gelöscht wurde.

Nachdem er lange aus der Firma ausgetreten war, wurde er aus Geschäften der Gesellschaft haftbar gemacht. Das OLG. ließ ihn haften ... „wenn er (der Gesellschafter) geschehen ließ, daß das Schild über dem Geschäftsraum hängen blieb, so muß er nach allgemeinen Grundsätzen im Interesse der Verkehrssicherheit den Inhalt des Schildes gegen sich als wahr gelten lassen".

Es genügt somit, um jemanden als Scheinkaufmann zu behandeln, daß er die Umstände, aus denen auf seinen Haftungswillen geschlossen wird, veranlaßt hat [9]).

Die Praxis geht also bei der Frage, wann eine Willenserklärung des Scheinkaufmanns vorliegt, als Kaufmann haften zu wollen, sehr weit. Hierin liegt daher auch gar kein Unterschied gegenüber dem Staub'schen Satz in seiner weiten Fassung. Denn auch nach Staub [10]) muß eine Veranlassung von Umständen vorliegen, aus denen auf die Kaufmannseigenschaft geschlossen werden kann. Erst dann liegt ein Fall des Sichgerierens vor.

Es wäre sonach in dieser Hinsicht nur eine Formulierungsfrage, ob man mit dem Reichsgericht die Haftung des Scheinkaufmanns auf seine Willenserklärung gründet oder den Staub'schen Satz anerkennt und die dogmatische Begründung im Rechtsscheinprinzip [11]) findet. Diese beiden Betrachtungsweisen aber umfassen verschiedene Entscheidungen in der Frage, ob der Scheinkaufmann auch in dem Fall als Kaufmann zu behandeln ist, in dem für den Kaufmann Vorschriften des HGB., für den Nichtkaufmann aber

---

9) H. Meyer ZHR. 81, 387; Krause § 5 IIb; Örtmann ZHR. 95, 466; Riezler 66; Wellspacher 100.

10) Komm. Exkurs zu § 5.

11) Über die Lehre vom Rechtsschein siehe: Riezler 122, Örtmann ZHR. 95, 466; Krause § 5.

zwingende, entgegengesetzte Normen des bürgerlichen Rechts gelten.

Um dieser Verschiedenheit willen müssen wir den Meinungsstreit weiterhin behandeln.

b) Die Rechtsprechung zu den Scheinkaufmannsfällen der §§ 5 und 15 HGB.

Zu den Scheinkaufmannsfällen muß man auch die Fälle zählen, die unter die §§ 5 und 15 HGB. fallen[12]). Diese sind in der Praxis die häufigsten. Nach § 5 HGB. kann sich ein ins Handelsregister eingetragener Gewerbetreibender einem Dritten gegenüber nicht darauf berufen, daß sein unter der Firma betriebenes Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder zu den in § 4,1 HGB. bezeichneten Betrieben gehöre. Er muß sich also als Kaufmann behandeln lassen, ist: Scheinkaufmann kraft Eintrags[13]).

§ 15 HGB. ist, wie Hueck[14]) ausführt, „ein Mittelglied zwischen dem § 5 und dem Scheinkaufmann kraft Auftretens". Er bestimmt, welche Rechtsfolgen es hat, wenn eine einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekannt gemacht ist. Nach § 15,1 HGB. kann, solange eine einzutragende Tatsache in das Handelsregister nicht eingetragen und bekannt gemacht ist, sie von dem Eintragungspflichtigen einem Dritten nicht entgegengesetzt wer-

---

12) Staub Anhang zu § 5; Hueck 43, 419.

13) In der Literatur ist Streit darüber entstanden, ob der Scheinkaufmann nach § 5 HGB. Kaufmann ist, ohne das Recht, es zu bleiben, Martin Wolff 142, oder ob er nur als Kaufmann gelte. Staub Anh. zu 5; Ehrenberg II, 138 und J. Jahrb. 47, 276 u. 311 ff., Schirrmeister ZHR. 47, 39 schließen sich M. Wolffs Meinung an. Jedoch muß man H. Meyer ZHR. 81, 398 Recht geben, wenn er ausführt, daß die Registererklärungen nicht ein anderes obj. Recht an die Stelle des wirklich geltenden setzen können. Daher ist M. W.'s Meinung abzulehnen .

14) Hueck 43, 424.

den. Ausgenommen ist nur der Fall, daß der Dritte bösgläubig war [15]).

Eintragungspflichtig sind auch Rechtsveränderungen, Firmengründungen und Erlöschen von Firmen. Es muß also eingetragen werden, wenn eine Firma erlischt oder auf einen anderen Inhaber übergeht, wenn jemand sein Gewerbe aufgibt. Mit dieser Aufgabe hört er auf, Kaufmann zu sein. Liegt aber eine Eintragung in dieser Richtung nicht vor, so braucht dies ein gutgläubiger Dritter nicht gegen sich gelten lassen. Er kann also den früheren Kaufmann weiterhin als Kaufmann behandeln, d. h. aber, dieser wird zum Scheinkaufmann. Ein anderer Fall, in dem § 15 HGB. angewandt werden muß, ist dann gegeben, wenn ein Scheinkaufmann nach § 5 HGB. seinen Gewerbebetrieb aufgibt. Die Voraussetzungen des § 5 HGB. liegen dann nicht mehr vor, jedoch muß der eingetragene nicht mehr gewerbetreibende ehemalige Scheinkaufmann sich die Nichteintragung von jedem gutgläubigen Dritten entgegenhalten lassen [16]), denn auch in diesem Fall lag eine Firma vor, wenn auch nur die eines Scheinkaufmanns und das Erlöschen muß genau so eingetragen werden wie von einem Kaufmann. Staub [17]) selbst nennt diese Paragraphen „Die Hauptanwendungsfälle seines Satzes vom Scheinkaufmann". Einige Entscheidungen mögen ein Bild vermitteln, wie die Praxis sich hierzu stellt.

Im Bd. 40,146 entscheidet das Reichsgericht einen Fall, in dem einige Minderkaufleute sich als offene Handelsgesellschafter in das Handelsregister eintragen lassen und nun dem Kläger entgegensetzen, daß sie gar keine offene Handelsgesellschafter seien, also auch nicht wie diese zu haften brauchen. Das Reichsgericht stellt in diesem Fall fest, daß eine Haftung gegeben sei, weil es „... allgemeinen Grundsätzen entspräche, daß der sich Dritten gegenüber

---

15) Hueck 43, 442, RG. 95, 240.
16) Hueck 43, 425.
17) Komm. Exkurs zu § 5, Anm. 5.

Erklärende den Inhalt seiner Erklärung gegen sich gelten lassen muß und daß, wenn eine Erklärung allgemein und öffentlich abgegeben werde, die Kraft derselben eine allgemeine ist, so daß sich jeder darauf berufen kann".

Das Reichsgericht betont hier die Erklärungen der Scheinkaufleute, also damit ihren Willen, als Kaufleute haften zu wollen. Diese Begründung stimmt also noch mit der überein, die es zu den oben angegebenen Fällen gegeben hat. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß diese Entscheidung vor Schaffung des HGB., d. h. der Geltung des § 5 HGB., ergangen ist. Wäre die Entscheidung zur Zeit der Geltung dieser Bestimmung gefällt worden, so wäre sie nur auf den § 5 HGB. gestützt worden. Die dogmatische Begründung für den § 5 HGB. ist aber nicht, wie man nach der Entscheidung annehmen könnte, in einer Erklärung zu sehen, sondern im Rechtsscheinsprinzip zu suchen. Dasselbe gilt auch für den § 15 HGB. Zum Beweise hierfür mögen folgende Entscheidungen dienen.

In Bd. 65,413 beschäftigt sich das Reichsgericht mit einem Fall, in dem eine Löschung unterlassen war und der Bürgschaft gebende Teil die Gültigkeit der mündlichen Bürgschaft bestritt, weil er nicht mehr als Kaufmann anzusehen sei. Das Reichsgericht entschied aber, daß das Berufungsgericht die Vorschrift des § 15 HGB. übersehen habe.

„Wenn auch die Kaufmannseigenschaft stets mit der vollständigen Aufgabe des Gewerbebetriebes erlischt, gleichviel ob eine Löschung der Firma im Handelsregister erfolgt ist oder nicht, der Beklagte daher zu der kritischen Zeit, wenn er damals ein Gewerbe nicht betrieben haben sollte, ein Kaufmann tatsächlich nicht war, so hätte er doch, da er die Firma nicht hatte löschen lassen, als solche zu gelten. Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als solcher .... Dem Kläger gegenüber müssen auch die Bürgschaftserklärungen des Noch-Eingetragenen im Zweifel als zu einem von ihm betriebenen Handelsgewerbe gehörig gelten, sind daher als Handelsgeschäfte anzusehen.

Die Erteilung dieser Bürgschaftserklärung bedurfte daher nicht der Schriftform."

Das Reichsgericht erklärt also unter Hinweis auf § 15 HGB. die mündliche Bürgschaft des Scheinkaufmanns als gültig, entgegen der zwingenden Norm des § 766 BGB. Damit ist erwiesen, daß die dogmatische Begründung für diese Scheinkaufmannsfälle der §§ 5 und 15 HGB. nicht in den Erklärungen der Scheinkaufleute zu suchen ist. Denn durch Parteierklärungen können zwingende Rechtssätze nicht abgeändert oder gänzlich unberücksichtigt gelassen werden. Das Reichsgericht zitiert in dieser Entscheidung auch den Staub'schen Satz. Daß es seine Entscheidung auf diesen Satz stützen will, darf man dem Reichsgericht wohl mit Rücksicht auf seine Stellungnahme in der oben zitierten Entscheidung (RG. 89,163) nicht unterstellen. Denn dort ist ja gerade die Geltung dieses Satzes auf die Anwendung von Normen, die der Parteiabänderung zugänglich sind, beschränkt worden. Daß dieser Satz aber trotzdem in der Entscheidung genannt ist, mag ein Hinweis darauf sein, daß die Tatbestandsgleichheit der Scheinkaufmannsfälle kraft Auftretens und derjenigen nach den §§ 5 und 15 HGB. vom Reichsgericht gefühlsmäßig, unbewußt erfaßt ist. Nach diesen Erwägungen wäre es für das Reichsgericht nur ein Schritt gewesen, wenn es den Schluß gezogen hätte, auch die Scheinkaufleute kraft Auftretens genau wie in den Fällen der §§ 5 und 15 HGB. nach dem § 350 HBG., entgegen dem § 766 BGB., zu behandeln.

Dies ist auch S t a u b s Entscheidung gewesen, wenn er die §§ 157, 242 BGB. die Rechtsgrundlage seines Satzes nennt [18]) und die §§ 5 und 15 HGB. nur für Hauptanwendungsfälle seines Satzes vom sichgerierenden Scheinkaufmann hält. Eine dogmatische Begründung hat er nicht gegeben. Die §§ 157, 242 BGB. sind von ihm nicht als vertragliche Auslegungsregeln zur Begründung heran-

18) Komm. Exkurs zu § 5, Anm. 5.

gezogen worden, sondern er bezieht sich nur auf die in diesen Paragraphen steckende allgemeine Richtlinie des ganzen Gesetzeslebens, die mehr auf den Verkehrssicherheitsgedanken beruht und auf dem Rechtsschein, ähnlich wie die Engländer es in ihrem estoppel by representation [19]) herausgebildet haben.

c) Neue Tendenzen in der Rechtsprechung.

Die Notwendigkeit des Staub'schen Satzes wird auch von der Praxis anerkannt.

Das OLG. München [20]) hatte sich mit dem Fall zu beschäftigen, in dem Minderkaufleute sich als offene Handelsgesellschafter gerierten und einer derselben eine Bürgschaft mit der Firma und seinem Namen unterzeichnete. Nach den bisher in dieser Arbeit festgestellten Ergebnissen würde es nicht möglich sein, diese Bürgschaft auch für die nicht unterzeichneten Minderkaufleute als wirksam zu bezeichnen, wenn sie nicht als offene Handelsgesellschafter eingetragen wären und daher § 5 HGB. zur Anwendung käme. Das OLG. stellt aber fest: „Nach § 766 BGB. muß jede Bürgschaftserklärung, soweit nicht Vollkaufleute im Sinne des § 350 HGB. in Betracht kommen, durch Namensunterschrift unterzeichnet sein. Ein Kaufmann kann sich statt seines bürgerlichen Namens seiner Firma bedienen. Eine OHG. zeichnet mit ihrer Firma, dazu ist, sofern nicht anderes im Handelsregister eingetragen ist, regelmäßig jeder Gesellschafter berechtigt." Voraussetzung ist aber, daß wirklich eine OHG. vorhanden ist, wenn die betreffenden Minderkaufleute sich jedoch nur als offene Handelsgesellschafter gerieren, dann kann die Unterzeichnung des einen mit der Firma auch nach Stellvertretungsgrundsätzen für den anderen noch nicht verbindlich sein. Denn es steht weder dessen Name unter der Bürgschaft noch enthält die

19) Riezler 96.
20) OLG. 28, 221.

Zeichnung mit der Firma einen das Stellvertretungsverhältnis für diesen andeutenden Hinweis. Somit war nach Stellvertretungsgrundsätzen nicht zu helfen, trotzdem aber entschied das OLG. für die Gültigkeit der Bürgschaft auch der nicht unterzeichnenden Minderkaufleute. Es fährt nämlich in der Entscheidung fort: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, haftet als Kaufmann. Wenn Minderkaufleute nach § 1,1 und § 4,1 HGB., wie es die Beklagten gewesen sein wollen, sich nach außen hin als offene Handelsgesellschafter gerieren, sei das dadurch, daß sie ohne Eintragung einer auf das Vorhandensein einer solchen Gesellschaft hinweisenden Firma annehmen, ... sie im Verkehr zur Unterzeichnung rechtsgeschäftlicher Erklärungen gebrauchen, ... dann geben sie damit auch nach außen hin die Erklärung ab, daß sie für die von dem einen oder anderen von ihnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte in der gleichen Weise haften wollen wie offene Handelsgesellschafter, d. h. Gesamtschuldner und es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn sie sich der hieraus für sie entstehenden Pflichten durch die Einwendung entziehen wollen, daß sie keine Gesellschaft im Sinne des HGB. seien."

Das OLG. behandelt also praktisch die Bürgschaft als gültig.

Es geht davon aus, daß die vertraglichen Erklärungen der sichgerierenden Kaufleute so auszulegen sind, wie wenn sie von Kaufleuten abgegeben wären. Diese Auslegung hat aber ihre Grenzen an den Fällen, in denen zwingendes Recht, das einer abändernden Partei-Vereinbarung nicht zugänglich ist, zur Anwendung steht. Das OLG. geht auf diese Frage nicht weiter ein. Es sagt nicht eindeutig, ob die Bürgschaft gültig ist oder nicht, sondern hilft sich damit, daß, wenn die Bürgschaft auch nichtig ist, jedenfalls die Berufung auf die Nichtigkeit solcher Geschäfte, denen zwingendes Recht entgegensteht, von gutgläubigen Dritten durch die exceptio doli generalis aus dem Felde geschlagen werden kann.

Praktisch bedeutet dies, daß derjenige, der sich als Kaufmann geriert, gutgläubigen Dritten gegenüber in vollem Umfang nicht nur bezüglich des dispositiven Rechts, sondern auch des zwingenden Rechts als Kaufmann behandelt wird. Darum bedeutet es nur eine positive Wendung der Begründung zur obigen Entscheidung, wenn man den Staub'schen Satz in seinem weiten Umfang anerkennt. Hat man ihn aber anerkannt, so muß man auch zu einer anderen dogmatischen Begründung kommen als die herrschende Lehre.

Diese Auffassung tritt noch klarer zutage in einer Entscheidung des OLG. Hamburg[21]), die sich mit der Frage beschäftigt, ob eine Bürgschaft, die mündlich abgegeben worden ist und noch dazu von einem Kaufmann kraft Auftretens als Handelsbürgschaft anzusehen ist.

Es handelt sich im vorgenannten Fall darum, daß der Beklagte gleichzeitig Geschäftsführer einer G. m. b. H., daneben aber auch Unternehmer von vier Kinotheatern war. Das erkennende Gericht führte aus, daß den tatsächlichen Umständen nach der Kläger die Bürgschaft des Beklagten in seiner Eigenschaft als Kino-Unternehmer verlangt und der Beklagte die Erklärung auch offenbar in dieser Eigenschaft abgegeben habe. Der Beklagte könne sich nicht unter Berufung darauf, daß er sein Unternehmen nicht nach § 2 HGB. habe eintragen lassen, den Rechtsfolgen entziehen, die sich aus seinem Auftreten im Geschäftsleben nach der allgemeinen Verkehrsauffassung ergeben und deren formelle Legalisierung gerade vom Beklagten vereitelt worden sei. „Eine solche Berufung würde gegen Treu und Glauben verstoßen. Es bleibt daher zu prüfen, ob die Bürgschaftserklärung vom Beklagten in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der G. m. b. H. oder aber als Kino-Unternehmer abgegeben worden ist und im letzteren Falle würde die Erklärung nach § 350 HGB. gültig sein."

---

21) OLG. Hamburg in JW. 29, 1109.

Aus dieser Entscheidung ist zu ersehen, daß es dem erkennenden Gericht nicht auf die vertraglichen Partei-Erklärungen ankommt, sondern daß es vor allem darauf hindrängte, den § 350 HGB. zur Anwendung bringen zu können. Der Bürge soll sich auf seine Nichtkaufmannseigenschaft nicht berufen können und deshalb ist auch die mündliche Bürgschaft gültig. Es muß sich also ein Scheinkaufmann, auch wenn scheinbar zwingende Rechtssätze dem entgegenstehen, sich als Kaufmann behandeln lassen, analog den Fällen nach §§ 5 und 15 HGB.

Wenn diese Entscheidung bisher auch vereinzelt dasteht, so ist sie doch im Hinblick auf die ganze Entwickelung des Problems wichtig und symptomatisch. Es ist noch nicht angängig, von einem Gewohnheitsrecht in dieser Hinsicht zu sprechen, wie es Reichel[22]) tut, denn dazu mangelt es noch an der genügend festen Rechtssprechung, wohl aber ist dies Ergebnis bei jeder neuen Fallentscheidung, geboten, wie aus den folgenden Abschnitten noch weiter erhellt werden wird.

---

22) Reichel in d. Anm. zur Entscheidung des OLG. in JW. 29, 1109 bezeichnet die Lehre vom Scheinkaufmann als eine heute schon zum Gewohnheitsrecht herausgebildete Lehre. Wer so tut, sagt Reichel, als wenn er das wäre, was er nicht ist oder sein sollte, der muß sich im Verkehr zu seinen Lasten so behandeln lassen, als wäre er wirklich das, was er pflichtmäßig sein sollte und was zu sein er sich den Anschein gibt.

II. Abschnitt.

Die zwingenden Rechtssätze, die der Anwendung des Staub'schen Satzes zu widersprechen scheinen.

a) Die Bürgschaft, das Schuldversprechen, das Schuldanerkenntnis.

Als praktische Differenz zwischen der Entscheidung des Reichsgerichts und der Entscheidung nach dem Staub'schen Satz ist im ersten Abschnitt die verschiedene Behandlung der Frage hervorgehoben worden, ob für einen Scheinkaufmann kraft Auftretens entgegen zwingenden Rechtsvorschriften Kaufmannsrecht anzuwenden ist.

Für alle übrigen Fälle spielt die Verschiedenheit der Begründungen keine Rolle, denn es kann sich ja ein Nichtkaufmann zu allem verpflichten, es sei denn, daß zwingende Rechtsnormen, die für ihn als Nichtkaufmann gelten, dem entgegenstehen. Damit erweist sich, daß die praktische Bedeutung der ganzen behandelten Frage nur verhältnismäßig gering ist. Der größere Teil der Judikatur über die Haftung von früheren offenen Handelsgesellschaftern oder sonst von Scheinkaufleuten spielt keine Rolle für unsere Frage, es bleiben nur die Fälle, in denen zwingendes Recht für Nichtkaufleute etwas Anderes bestimmt als für Kaufleute. Dies ist der Fall bezüglich der §§ 766, 780, 781, 196,1 BGB.

Bis auf den Kommentar von Staub[23]) selbst und die oben zitierte Entscheidung des OLG. Hamburg[24]) ist die

---

23) Komm. Anhang zu § 5 und bei d. jeweiligen §§.
24) JW. 29, 1109.

Literatur [25]) der Meinung, daß die zwingenden Normen der Bürgschaft nicht auf den sich gerierenden Kaufmann angewandt werden könnten. Die Begründung ist bei allen Kommentaren und Lehrbüchern ungefähr die gleiche: würde man den § 350 HGB. auf den Scheinkaufmann kraft Auftretens anwenden, so würde das eine unzulässige Umgehung des § 766 BGB. sein und jedermann könnte sie durch die Erklärung, er sei Vollkaufmann, umgehen. So würde der Zweck des § 766 BGB., den Geschäftsunkundigen zu schützen, die sogenannte „vormundschaftliche Funktion" [26]) des Rechts vereitelt.

Ist aber der sich gerierende Kaufmann ein solch Geschäftsunkundiger und ist er daher dieser schützenden Norm zu unterstellen? Vor Beantwortung dieser Frage müssen die Gründe dieser Formvorschrift noch klarer erhellt werden. In den Motiven [27]) stellt die Kommission fest, daß einerseits bereits eine Beurkundung im Rechtsleben üblich sei, andererseits werde die Schriftform einer leichtsinnigen Übernahme von Bürgschaften wenigstens einigermaßen steuern, weil sie geeignet sei, insbesondere bei Rechtsunkundigen wirtschaftlich schwachen Personen „eine Vorstellung über die Tragweite ihrer Verpflichtung zu erwecken und sie hierdurch gegenüber einer von ihnen geforderten Verbürgung vorsichtiger zu machen". Dazu kommt noch als besonderer Grund die Beweissicherung.

Durch die schriftliche Form wird für den Prozeß leicht und klar Gewißheit erreicht, ob eine unverbindliche Redensart vorgelegen oder ob ein rechtsgeschäftlicher Wille vorhanden gewesen ist. Die Kommission war sich auch über den Zwiespalt der BGB.- und HGB.-Vorschriften in Bezug auf die Bürgerschaft klar und rechnete mit einer baldigen Revision des HGB. Also nicht nur der Rechts-

---

25) Hueck 43, 451, 434; Hueck 118, 175; J. v. Gierke § 13, II, 6.

26) Granzow 29.

27) Motive zum HGB. 660.

schutzfunktion, sondern auch gerade der Rechtssicherheitsfunktion sollten die Formvorschriften dienen. Eben um der letzteren willen hoffte die Kommission auch, daß das HGB. einer baldigen Revision in dieser Hinsicht unterzogen würde, denn Kaufleute dürften vor der leichtfertigen Übernahme von Bürgschaften nicht zu schützen sein. Die Revision des HGB. ist aber nicht geschehen. Es sind die Interessen der Rechtssicherheit also nicht so stark gewesen, als daß sie zu einer Änderung geführt hätten. Aus dieser Tatsache muß man rückschließen, daß die BGB.-Vorschriften vornehmlich aus der Schutzfunktion heraus entstanden sind und wenn man in den Motiven nachsieht, findet man diese Angabe bestätigt. Es handelte sich bei der Einführung der Schriftform in § 766 BGB. lediglich um eine Schutzvorschrift zu dem Zweck, übereilte und leichtsinnige Bürgschaften zu verhüten und eine Klarstellung herbeizuführen.

Es fragt sich, ob diese Gründe, die zur Einführung der Formvorschriften vom Gesetzgeber genannt worden sind, dazu führen müssen, um die Anwendung dieser Paragraphen auf den Scheinkaufmann kraft Auftretens zu verneinen.

Wenn der Scheinkaufmann bewußt den Anschein erregt, Kaufmann zu sein, so dürfte er nicht unter die Kategorie der Geschäftsunkundigen fallen, die vor leichtsinniger Übernahme von Bürgschaften geschützt werden müssen. Dies gilt aber auch für den, der fahrlässig als Scheinkaufmann auftritt. Ein solcher steht, wie aus diesem Anschein, den er erweckt, ersichtlich ist, im Wirtschaftsleben, und zwar im Handelsverkehr so sehr, daß man auch ihm eine Geschäftskundigkeit in jedem Falle wird zutrauen müssen. Der Fall, daß ein wirklich Geschäftsunkundiger als Scheinkaufmann auftritt, dürfte praktisch gar nicht vorkommen können, da ja der Scheinkaufmann den Anschein seiner Kaufmannseigenschaft veranlaßt haben muß, mithin der Geschäftsunkundige trotz seiner völligen Unkenntnis im

Geschäftsleben scheinbar als Geschäftsmann tätig gewesen sein müßte. Damit erweist sich, daß aus dem Sinn des § 766 BGB. sich ergibt, daß die Notwendigkeit der Innehaltung der Schriftform durch einen Scheinkaufmann nicht besteht. Zu diesem mangelnden Schutzinteresse auf der Seite des Scheinkaufmanns kommt auf der anderen Seite noch das Interesse des gutgläubigen Dritten an der Gültigkeit einer mündlichen Bürgschaft des Scheinkaufmanns. Hierdurch wird vollends die Anwendung des § 350 HGB. auf den Scheinkaufmann als geboten erwiesen.

Die gleiche Interessenlage besteht bezüglich der im § 350 HGB. weiter genannten §§ 780, 781,1 BGB. Daher stehen auch diesen Paragraphen die Gültigkeit mündlicher Verpflichtungen und Anerkenntnisse eines Scheinkaufmanns nicht entgegen.

b) Die Verjährung.

Eine andere Bestimmung des BGB. ist in der Literatur und Praxis ebenso heftig in seiner Anwendung auf den Scheinkaufmann kraft Auftretens abgelehnt worden wie die Bürgschaft, das ist die Vorschrift der kurzen Verjährungsfrist im § 196,1 BGB. Das Reichsgericht, Bd. 89,163, lehnt die kurze Verjährungsfrist auf den Scheinkaufmann kraft Auftretens ab, weil diese Vorschriften nicht zum Schutze des redlichen Verkehrs bestimmt seien[28]).

Vergegenwärtigt man sich die Gründe, die dazu geführt haben, auf den Kaufmann eine andere Verjährungsfrist anzuwenden als auf den Nichtkaufmann, so kommt man zu folgendem Ergebnis:

Der Gesetzgeber hat die kurze Verjährungsfrist für Kaufleute bestimmt, weil es ein notwendiges Erfordernis des Verkehrs ist, daß kaufmännische Geschäfte möglichst schnell zur Abwicklung gelangen und weil „ohne die Ziel-

---

28) Siehe auch Enneccerus-Nipperdey § 214 Anm. 2; siehe auch RG. in JW. 16 S. 1475; RG. 129, 403.

setzung der kurzen Verjährung niemand vor unbegründeten oder längst erloschenen Ansprüchen geschützt wäre, wenn ihm, wie oft unvermeidlich, die Beweismittel für seine Rechtsverteidigung im Laufe der Zeit verloren gegangen sind“ [29]). An diesem Verkehrsinteresse der schnellen Abwickelung der kaufmännischen Geschäfte nimmt aber auch der Scheinkaufmann regsten Anteil. Man muß also wieder die Interessenlage zwischen ihm und dem Dritten prüfen. Dieser Dritte als Gegenkontrahent des Scheinkaufmanns hat natürlich ein Interesse an der längeren Verjährungszeit. Aber dieses Interesse ist nicht schutzwürdig. Trotzdem schützt das Reichsgericht den Dritten, indem es den § 196,1 BGB. auf den Scheinkaufmann nicht anwendet, so daß der Dritte statt der zweijährigen Verjährungszeit vier Jahre Zeit hat, seine Rechte geltend zu machen. Dies tut das Reichsgericht aber aus dem Grunde, weil es dem Verjährungseinwand wie auch die Literatur aus — man möchte sagen — moralischen Gründen ablehnend gegenübersteht [30]). Nur diese grundsätzlich ablehnende Haltung des Reichsgerichts spricht für den Dritten, der in Vertragsbeziehungen zum Scheinkaufmann steht.

Es ist aber zu beachten, daß der Dritte die Möglichkeit eines Verjährungseinwandes nur bei rechtlichen Beziehungen zum Scheinkaufmann hat. Bei diesen wird der Scheinkaufmann aber zu Gunsten und zu Lasten des Dritten als Kaufmann bezüglich des Inhalts seiner Verpflichtungen und Rechte behandelt [31]). Die kürzere Verjährungsfrist bedeutet praktisch nur eine besondere Ausgestaltung seiner Vertragsrechte und Pflichten. Daher muß er auch bezüglich

---

29) Enneccerus-Nipperdey § 211.

30) Enneccerus-Nipperdey § 211; Staudinger § 196.

31) Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 9 will zwar den Scheinkaufmann nur zu Gunsten des anderen als Kaufmann behandeln, Staub lehnt aber diese Einstellung mit Recht ab, ebenso Hueck, mit Einschränkung S. 453, die ihn auch zu Lasten des anderen als Kaufmann betrachten wollen.

der Verjährungsvorschriften als Kaufmann behandelt werden.

Nach dem oben Ausgeführten kann also aus den Vorschriften über die Verjährung kein Gegenargument gegen die Anwendung der kurzen Frist auf den Scheinkaufmann hergeleitet werden. Sie muß daher für diese gelten, genau so, wie sie auch für die Scheinkaufleute kraft Eintragung nach §§ 5 und 15 HGB. gilt.

III. Abschnitt.

Die Gegenargumente aus der Literatur und Praxis gegen die Anwendung des Staub'schen Satzes in seinem vollen Umfang.

a) § 2 HGB.

Im weiteren Verlauf der Arbeit sollen die Argumente untersucht werden, die in der Literatur und Praxis als Gegenargumente gegen den Staub'schen Satz genannt werden. Da ist zunächst der § 2 HGB., den auch schon die RG.-Entscheidung im Bd. 89,163 als Gegenargument gegen den Satz vom sich gerierenden Kaufmann nennt.

§ 2 HGB. behandelt die Kaufleute kraft Eintragung. Und zwar gilt ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 HGB. nicht vorliegen, als Handelsgewerbe im Sinne des HGB., sofern die Firma des Unternehmers im Handelsregister eingetragen worden ist. Der Unternehmer ist verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen.

Die Literatur[32]) und Rechtsprechung[33]) glauben, in § 2 HGB. eine Widerlegung des Scheinkaufmannssatzes von Staub in seiner weiten Auslegung sehen zu müssen. Sie sagt, daß erst nach erfolgtem Eintrag der Firma in

---

32) Schirrmeister ZHR. 49, 38; J. v. Gierke § 9, V; § 13.

33) RG. 89, 163.

das Handelsregister das betreffende Gewerbe als Handelsgewerbe im Sinne des Gesetzes und dessen Inhaber als Kaufmann zu gelten habe. Vor dem Eintrag in das Handelsregister könne also keine Kaufmannseigenschaft vorhanden und das Gewerbe kein Handelsgewerbe sein. Dabei wird aber Folgendes übersehen: § 2 HGB. verlangt, daß ein Betrieb vorliegt, der nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Der Anschein eines solchen Gewerbebetriebes wird also auch schon dann gegeben sein müssen, wenn die Eintragung noch nicht vorgenommen worden ist; allerdings wird erst durch diese Eintragung der Gewerbebetrieb vom Gesetzgeber als Handelsgewerbe mit seinen handelsrechtlichen Folgen bestätigt, praktisch aber ist der Betrieb schon vorhanden und kann die Eintragung allein einen Übergang von einem Nichtgewerbebetrieb zu einem Gewerbebetrieb nicht bewerkstelligen. Diese Tatsache, daß schon vor Eintragung die unter § 2 HGB. fallenden Betriebe als Kaufmannsbetriebe nach außen hin erscheinen, muß aber berücksichtigt werden.

Dies tut richtig auch schon das OLG. Hamburg[34]), wenn es ausführt: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die vom Beklagten geführten vier Kinotheater ein gewerbliches Unternehmen bedeuten, welches nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderte ..., daß beide Gesellschafter Kaufleute im Sinne des § 2,1 HGB. waren, wenn die Gesellschaft ins HR. eingetragen war. Diese letzte Voraussetzung für die Kaufmannseigenschaft war nicht erfüllt. Es ist aber anerkannt, daß ein im Rechtsverkehr als Kaufmann Auftretender auch als Kaufmann gilt. Dies muß vorliegend umsomehr gelten, als Beklagter durch Unterlassung der Bewirkung handelsgerichtlicher Eintragung seines Gesellschaftsunternehmens der ausdrücklichen Vorschrift des § 2 HGB. zuwidergehandelt hat."

---

34) OLG. in JW. 29, 1109.

Wenn der Gesetzgeber den § 2 HGB. in seinem Wortlaut so gestaltete, indem er auf die Verpflichtung zur Eintragung den Ton legte, so bewegte er sich mit dieser Fassung schon in einer Richtung, die dem Sinne nach die gleiche ist, wie sie Staub mit seinem Satz verfolgen wollte. Es sollte nämlich jeder, der nach außen hin als Kaufmann erscheint, auch wirklich Kaufmann sein. Insofern deckt sich also der Staub'sche Satz mit dem Sinn des § 2 HGB.

Die Praxis hat diesen Gedanken, daß nämlich jeder, der einen solchen Betrieb habe, und sich so aufführe, als Kaufmann zu gelten habe oder sei, weiter entwickelt und somit über den § 2 HGB. hinausgeführt. Darum ist es auch nicht mehr möglich, daß diese Weiterentwicklung nur aus dem Grunde abgetan und verneint wird, weil die gesetzliche Regelung des § 2 HGB. dem entgegenstehen sollte. Man kann aus einer früheren gesetzlichen Bestimmung kein Gegenargument gegen einen Rechtssatz herleiten, der sich über die gesetzliche Bestimmung hinaus entwickelt hat. Daher kommt es für uns nur darauf an, nachzuweisen, daß der Staub'sche Satz in seiner weiten Fassung in Analogie zu den §§ 5 und 15 HGB. zu gelten hat. Gilt er aber, dann ist das Gegenargument aus § 2 HGB. nicht berechtigt.

b) §§ 5 und 15 HGB.

Auch die §§ 5 und 15 HGB. werden als Gegenargument gegen den Staub'schen Satz vom sich gerierenden Kaufmann angeführt. Hueck[35]) bedient sich dieses Argumentes und behauptet, daß keine Möglichkeit zu einer Analogiebildung gegeben sei, weil die Paragraphen in ihren Voraussetzungen und Folgen ganz besonders ausgestaltet sind.

Nach dem Entwurf[36]) ist der Sinn und Zweck des § 5 HGB. darin zu sehen, daß der Gesetzgeber Klarheit über

35) Hueck 43, 434 ff.
36) S. 202, unten.

die eventuelle Kaufmannseigenschaft schaffen wollte, um auf keinen Fall einen Zweifel an der Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen aufkommen zu lassen. Dies ergibt sich daraus, daß jeder, der Gutgläubige wie der Bösgläubige, sich auf die Eintragung berufen kann.

Eine solche Regelung ist notwendig, weil dem Richter, der sich mit dem etwaigen Fall zu beschäftigen hat, erspart bleiben muß, von sich aus zu beurteilen, ob der Betrieb ein Gewerbebetrieb im Sinne der §§ 1—4 HGB. ist oder nicht. Es könnte sonst geschehen, daß ein- und derselbe Fall gänzlich anders beurteilt wird, daß der eine Richter den Gewerbetreibenden als Nichtkaufmann ansieht, während derselbe vom anderen Richter für einen Kaufmann gehalten wird. Um diesen Zwiespalt von vornherein auszuschalten, ist dem Eintrag nach § 5 HGB. konstitutive Wirkung beigemessen worden.

Dies vorstehend Gesagte ist auch die Meinung des Entwurfs [37]), der feststellt, daß eine solche Regelung zwar mit dem im allgemeinen für die Eintragung in das Handelsregister geltenden Grundsätzen nicht in Einklang stehe, das praktische Bedürfnis hier aber eine Ausnahme erheische und sich schon unter dem alten HGB. erhebliche Unzuträglichkeiten ergeben hätten und darum die Einfügung des § 5 HGB. für das neue Handelsgesetzbuch unbedingt erforderlich gewesen sei, um die nötige Rechtssicherheit zu gewährleisten.

Zwar ist als ein Hauptgrund zur Einfügung des § 5 HGB. in das Handelsgesetzbuch die Klarheit anzusehen, die durch die konstitutive Wirkung der Eintragung nach § 5 HGB. im Rechtsleben geschaffen wird. Aber es fallen unter diesem § 5 HGB. doch auch noch die Fälle, in denen gutgläubige Dritte sich auf die Eintragung eines Nichtkaufmanns ins Handelsregister verlassen hatten. Insofern dient also der § 5 HGB. auch dem Schutz der gutgläubigen Dritten, die sich auf den Anschein der Kaufmannseigen-

37) Seite 203, oben.

schaft eines Nichtkaufmanns verlassen haben. Dieser Schutz ist aber auch das Grundmotiv des Satzes vom sich gerierenden Kaufmann, des Satzes vom Scheinkaufmann kraft Auftretens. Diese Übereinstimmung des Staub'schen Satzes mit den Anwendungsfällen des § 5 HGB. lassen uns zu nachfolgenden Überlegungen kommen: wenn der § 5 HGB. auch nicht in seinem vollen Umfang mit dem Satz vom Scheinkaufmann kraft Auftretens in Analogie zu bringen ist, so muß man doch den Teilgedanken des § 5 HGB., nämlich den sich aus dem § 5 HGB. ergebenden Schutz des gutgläubigen Dritten als Anwendungsfall eines im Interesse der Verkehrssicherheit allgemein zu fassenden Prinzips auffassen, wie es Staub getan hat, und insoweit ist eine Analogie-Möglichkeit des § 5 HGB. mit dem Staub'schen Satz gegeben.

Der § 15 HGB. regelt die praktischen Wirkungen des Handelsregisters. Mit Rücksicht darauf sind seine Voraussetzungen und Rechtsfolgen bestimmt worden. Es ergibt sich aber aus seiner negativen Publizitätswirkung, daß er auch, wie wir oben schon mehrfach angedeutet hatten, Scheinkaufmannsfälle umschließt. Genau wie wir oben bei § 5 HGB. gesehen haben, wäre es nun verfehlt, eine Analogie-Bildung zu diesem von § 15 HGB. umschlossenen Tatbestand mit seinen durch § 15 HGB. bestimmten Rechtsfolgen auszuschließen — nur weil § 15 HGB. als Hauptzweck die Ausgestaltung des Handelsregisterrechts zum Inhalt hat.

Es ist also festzustellen, daß in den Tatbeständen der §§ 5 und 15 HGB. Scheinkaufmannselemente liegen, und zwar solche, die mit denen übereinstimmen, wie wir sie bei unseren gewöhnlichen Scheinkaufmannsfällen gefunden haben. Es liegt eine Gleichheit des Tatbestandes vor und aus dieser Tatsache muß man auch auf eine Gleichheit der Rechtsfolgen schließen. Da für die §§ 5 und 15 HGB. zwingendes Recht zur Anwendung kommt, ist also auch für den Scheinkaufmann kraft Auftretens dieses zur Anwendung zu bringen.

Hueck[38]) hat die obenerwähnte Gleichheit der Tatbestände bei der Lösung unseres Problems nicht genügend beachtet. Er beurteilt die §§ 5 und 15 HGB. und die Scheinkaufmannsfälle kraft Auftretens getrennt von einander. Daraus ergibt sich dann, daß er, da er die Analogie ablehnt, ein anderes Argument finden muß, um zu einer dogmatischen Begründung des Satzes vom Nichteingetragenen aber sich gerierenden Kaufmann zu kommen. Dieses Problem löst er für sich und mit ihm der größte Teil der Literatur[39]), indem er die Kaufmannsgeltung des kaufmännisch Auftretenden lediglich als die Folge einer in den Vertragserklärungen der Parteien liegenden Willenserklärung ansieht. Für uns aber ist diese Begründung aus der Auslegung der Partei-Erklärungen nicht stichhaltig, weil sie die nachgewiesene Gleichheit der Interessenlagen übersieht. Und somit besteht für uns auch keine dogmatische Schranke, zwingendes Recht auf den Scheinkaufmann kraft Auftretens anzuwenden.

c) Der öffentliche Glaube des Handelsregisters.

Als weiteren wichtigen Gegenbeweis gegen die Gültigkeit des Staub'schen Satzes führt die Literatur[40]) die Tatsache an, daß das Handelsregister keinen öffentlichen Glauben genieße. Diese Behauptung wird von uns keineswegs bestritten. Wir stimmen mit der herrschenden Lehre[41]) darin überein, daß man von einem öffentlichen Glauben des Handelsregisters nicht sprechen kann. Diese Feststellung ist aber für uns insofern nicht von so fundamentaler Bedeutung, weil der öffentliche Glaube des Han-

---

38) Hueck 43, 432 ff.
39) Siehe Anmerkung 1 Seite 2.
40) Hueck 43, 432, III.
41) Flechtheim u. Jakobi in d. JW. 29, 2943; Nord in d. JW. 29, 2597; Locher 589.

delsregisters gar nicht der Anwendung des Staub'schen Satzes in seinem weiten Umfang widerspricht. Öffentlicher Glaube des Handelsregisters läge vor, wenn jede Eintragung, ganz gleichgültig wer sie in das Handelsregister hat eintragen lassen oder ob sie selbst ohne Antrag erfolgt ist, von einem gutgläubigen Dritten als richtig angesehen werden darf. Soweit gehen wir aber gar nicht, wenn wir dem Staub'schen Satz in seinem weiten Umfang Geltung verschaffen wollen. Der Staub'sche Satz in seiner weiten Anwendung behauptet nur, daß jede Eintragung, die durch das Dazutun des Eingetragenen in das Handelsregister gekommen ist, berücksichtigt werden muß, denn nur insoweit liegt ein Fall des wahren Sichgerierens vor. Vergleicht man diese beiden Tatbestände mit einander, so wird man feststellen müssen, daß der Staub'sche Satz einen bedeutend engeren Tatbestand umschließt, als der Satz vom öffentlichen Glauben des Handelsregisters. Der Staub'sche Satz stellt in seiner rechtlichen Bedeutung ein ganz bedeutendes Weniger dar als der öffentliche Glaube des Handelsregisters. Es ist aber unmöglich, dieses Weniger mit dem Hinweis auf den öffentlichen Glauben, der sich als ein bedeutendes Mehr darstellt, aus dem Felde zu schlagen, wie die Literatur dieses zu tun versucht. Wenn wir den Staub'schen Satz in seinem weiten Umfang aufstellen, so behaupten wir also etwas ganz Anderes.

Dies mag an folgenden Überlegungen noch deutlicher werden. In der Praxis und Wissenschaft ist der Gewohnheitsrechtssatz wie ihn Ehrenberg herausgebildet hat zum anerkannten[42]) Recht geworden: „Wer in handelsüblicher Weise etwas öffentlich erklärt, darf Dritten gegenüber nicht die Unrichtigkeit seiner Erklärung geltend machen." Und: „Wer es schuldhafterweise unterläßt, für die Beseitigung einer unrichtigen Eintragung zu sorgen,

42) Ehrenberg Hdb. I 651; Gierke § 12, 41; Lehmann Ring § 15 Anm. 4; Wieland § 125; Meyer ZHR. 81, 387; Müller-Erzbach 68.

haftet dem nichtwissenden Dritten nach Maßgabe der unrichtigen Eintragung."

Dieser Gewohnheitsrechtssatz hebt die praktische Bedeutung der anerkannten negativen Publizität des Handelsregisters aber weitgehend auf, denn es darf sich nach ihm jeder dann auf den Inhalt des Handelsregisters verlassen, wenn dieser von dem durch die Eintragung Betroffenen veranlaßt oder fahrlässig geduldet ist. Da praktisch dies aber in der Mehrzahl der Fälle gegeben ist, ist fast der öffentliche Glaube des Handelsregisters durch diesen Satz statuiert. Keinem fiele es aber ein, zu behaupten, daß der Gewohnheitsrechtssatz durch die Behauptung aus den Angeln gehoben werden könnte, er widerspräche dem öffentlichen Glauben des Handelsregisters. Infolgedessen ist es auch nicht angängig, den Staub'schen Satz mit dieser Behauptung aus dem Felde schlagen zu wollen.

Dies alles aber sind nur negative Argumente für eine Anwendung des Staub'schen Satzes in seinem weiten Umfang. Aber aus dem vorhergehenden sind nicht nur Argumente solcher Art zu schließen, sondern man kann aus den vorstehenden Erwägungen auch positiv ableiten, daß die Fälle des Scheinkaufmanns kraft Auftretens in Analogie zu den §§ 5 und 15 HGB. behandelt werden müssen, so daß der Scheinkaufmann in vollem Umfang auch bezüglich zwingenden Rechts als Kaufmann behandelt wird. Und die dogmatische Grundlage des Scheinkaufmanns kraft Auftretens muß in denselben Prinzipien gesehen werden, aus denen die §§ 5 und 15 HGB. zum großen Teil entstanden sind.

Nach dem Gewohnheitsrechtssatz wird der sich öffentlich Erklärende an seine Erklärung festgehalten. Wenn er nun durch eine Eintragung im Handelsregister erklärt, Kaufmann zu sein, dann geriert er sich eben dadurch als Kaufmann und wird auch demzufolge wie ein Kaufmann behandelt. Insofern sind also die nach dem Gewohnheitsrechtssatz zu behandelnden Fälle auch Scheinkaufmannsfälle, nur daß das Sichgerieren das eine Mal durch eine

Eintragung geschieht, das andere Mal durch sonstiges Auftreten.

Der Gewohnheitsrechtssatz, der aus den §§ 5 und 15 HGB. abgeleitet ist, behandelt den Scheinkaufmann auch dann als Kaufmann, wenn zwingende Rechtssätze dem entgegenstehen. Diese Entscheidung muß auch für den Scheinkaufmann kraft bloßen Auftretens gelten. Es liegt kein Grund vor, diese beiden Fälle des Sichgerierens verschieden zu behandeln, denn daß das eine Mal dies durch Eintragung geschieht, dürfte nicht deswegen anders beurteilt werden, weil das Vertrauen auf einen Eintrag in das Handelsregister schutzwürdiger wäre als das Vertrauen auf den durch das Auftreten erweckten Anschein. Wir haben eben im Handelsrecht keinen öffentlichen Glauben.

Aus diesem Allen ergibt sich also, daß der Scheinkaufmann kraft Auftretens in Analogie zu den §§ 5 und 15 HGB. und dem von der Praxis herausgebildeten Gewohnheitsrecht von der öffentlichen Erklärung zu behandeln ist. Und die dogmatische Begründung ist auch nur unter Berücksichtigung dieser gleichgelagerten Tatbestände zu finden. Sie kann nicht in einer Partei-Erklärung gefunden werden, da diese zwingendes Recht nicht abändern kann, sondern sie beruht auf der Erklärung nur insofern als diese einen Schein erweckt, und dieser Schein muß aus Gründen der Verkehrssicherheit und des Vertrauensschutzes berücksichtigt werden.

Lebenslauf.

Unterzeichneter, Knut-Peter Erichson, wurde am 4. November 1909 zu Rostock geboren. Er besuchte das Gymnasium in Rostock und machte nach Ablauf der Schulzeit in Oberkassel-Bonn, Kalkuhlsche Oberrealschule, das Abitur.

Das erste Semester studierte er Jura und Nationalökonomie in Rostock. Die weiteren Semester (3) studierte er Jura in Köln a/Rhein und ging dann wieder nach Rostock zurück, um sich auf die juristische Dr.-Prüfung vorzubereiten.

Am 8. Dezember 1934 bestand er die mündliche Dr.-Prüfung.